

42870.

EXERCITATIO IVRIDICA
INAVGVRALIS
DE
**TRANSACTIONIS
VALIDAE
CONSECTARIIS,**

BIBLIOTH:
ACADEM:
DORMAT:

QVAM
AVSPICE DEO

*SVFFRAGANTE MAGNIFICO ICTORVM ORDINE
PRO CAPESSENDIS SVMMIS IN VTROQVE IVRE HONORIBVS
PVBLICAE DISQVPOSITIONI OFFERT*

**WILHELMVS BERNHARDVS
JESTER,**

SVPREMARVM CVRIARVM ADVOCATVS,

*OPPONENTIVM SPARTAM ORNATVR
SVNT*

FRIDERICVS ERNEST. JESTER, REG. BOR. I. V. C.
DANIEL. ANDREAS ZERNECKE, GEDAN. I. V. C.
CAROL. GOTTL. BOCK, FRIEDL. BORVSS. I. V. C.

D. 6. SEPT. A. 1764. H. L. Q. C.

REGIOMONTI,
LITTERIS HARTVNGIANIS,

07854
SACRA QVI VICE PRVSSIAM REGVNT,
PRO PATRIAE SALVTE VIGILANT,
PRO ECCLESIAE BONO LABORANT,
ACADEMIAE FLOREM PROMOVENT,

IVSTITIAM CVRANT,
INNOCENTIAM DEFENDVNT,
IVVENTVTI PROSPICIUNT,
SENIBVS SVBLEVANT,
DEQVE
BONO PVBLICO OPTIME MERENT,
HEROIBVS TOGATIS
PRVSSIAE PROCERIBVS,

D44959
VIRIS

ILLVSTRISSIMIS, GENEROSISSIMIS, ATQVE
EXCELLENTISSIMIS,

DOMINO

JOHANNI ERNESTO
DE WALLENRODT,

REGIS NOSTRI SACRATISSIMI, STATUS BELLIQUE
ADMINISTRO INTIMO,
SVPREMO PRVSSIAE MARESCHALLO,
CONSISTORII PRAESIDI EMINENTISSIMO,
ORPHANOTROPHEI REGIOMONTANI CVRATORI GRATIOSISSIMO &c.

DOMI-

DOMINO
JACOBO FRIDERICO
DE ROHD,

EXOPTATISSIMI PATRIS PATRIAE ADMINISTRO STATUS BELLIQUE
INTIMO, EIVSDEM AD AVLAM CAESAREAM VINDOBONENSEM
LEGATO SPLENDIDISSIMO,
SVMMI APPELLATIONVM IVDICII PRAESIDI EMINENTISSIMO,
SVPREMO REGNI BVRGGRAVIO,
RERVVM ACADEMICARVM NEC NON COLLEGII STIPENDIORVM
DIRECTORI GRATIOSISSIMO,
DOMINO TERRARVM Schrombehnen, Klein-Laut &c. &c.

DOMINO
ERNESTO DIETERICO
DE TETTAV,

S. R. M. ADMINISTRO BELLII ET STATUS INTIMO,
SVPREMO REGNI CANCELLARIO,
IVDICII AVLICI PRAESIDI EMINENTISSIMO,
DOMINO TERRARVM Golds, Wicken, Powarschen &c. &c.

DOMI-

DOMINO
FABIANO ABRAHAMO
DE BRAXEIN,

S. R. M. BELLI STATUSQUE ADMINISTRO INTIMO;
COLLEGI PVPILLORVM CVRAM AGENTIS PRAESIDI EMINENTISSIMO,
DOMINO TERRARVM Tharau &c. &c.

MAECENATIBVS GRATIOSISSIMIS
ET INDVLGENTISSIMIS

leves hasce pagellas
animi dudum iam Tantis Nominibus obstrictissimi tesseram
cum sincerissimo pro incolumitate perpetua voto

humillime faciat

WILHELM. BERNH. JESTER.



Q.D.B.V.

Quanta quanta sit rei felicitas publicae, quae talia iudicia constituta habet, in quibus post accuratiorem causae cognitionem, iudices aequa lance, castisque sententiis ciuibus iura administrant, componuntque Lites & odia internecina, inter illos gliscentia: adhuc tamen sunt laetiora fata, quae transactio parat; omni hinc meliori modo, non solum a causarum patronis, si vulturum togatorum instar, aliorum bonis inhiare, illisque euertendis quacstum facere, sibi religioni ducunt, commendanda; sed & ab illis, qui iustitiae sacrariis praesident, quouis modo promouenda. Mihi quidem mens est remotissima, statuendi id de causis, per calumniam alterius controuersis, quarum iustitia in aprico est. Adulteratae & corruptae Aestreae insigne esset, non solum si temerarii Litigatores admitterentur, sed & si aliorum
A iniu-

iniuria laceffit obuium esset eundem consilio illius senis; (*)

Ein vorgeladner Alt, fragt einen klugen Alten:

Ihr kennt das ganze Recht, mich rügt ein Bösewicht.

Die Schriften bring ich mit, gebt mir doch Unterricht.

Wie soll ich mich dabey verhalten.

Und wenn, versetzt der Greiß, ihr hundert Pündel hättet,

So ist schon überhaupt der beste Rath vor Euch,

Ist eure Sache gut: so schreitet zum Vergleich,

Und ist sie schlimm: so rechet.

Potius meditationi se sistunt causae ambiguae dubiorumque nebulis inuolutae, ubi vel non in promptu sunt, quae ad veritatem indagandam excutiendamque faciunt, vel argumenta pro utraque parte aequae probabilia militant, vel ubi facta pro obligatoriis reputata variis diluta sunt coloribus, ut non statim pateat, quodnam morale principium illis sit applicandum; in quibus sane magis expedire videtur transigere, quam causa solenniter excussa, sententiam Litisque euentum expectare, periculo, sumtus aliasque molestias frustra collocandi, haud nunquam admixto. Huc etiam collineare videntur paroemiae veterum germanorum, rixis iurgiisque infensissimorum: Es ist besser ein halb Ey, als eine ledige Schale. Wer will habern um ein Schwein, der nehme eine Wurst und laß es seyn. Ea tamen mortalium esse solet indoles, ut saepe facti poeniteat, ut lite semel transactionis ope sopita, eandem restaurare, omnem moueant lapidem. Hinc quae transactionis validae sint consectaria, penitus inquirere apud animum constitui, quod ut ordine fiat, eius definitionem praemittere necesse est.

(*) Hagedorns Poetische Werke im 2ten Theil S. 116.

§. 2.

Transactio est pactum onerosum, determinans iura inter paciscentes dubia & oriundas exinde obligationes. Definitio. Abstraho in adornanda hacce definitione, a strictiori pa- si significato, in oppositione ad Contractus visitato, nec non ab angustioribus huius vocis cancellis, quatenus vel conuentiones beneficas super re siue certa siue incerta (*), vel saltem eiusmodi paciscentium placita designat, quae, si sint onerosa, minimum rem certam nullisque dubiis obnoxiam pro obiecto requirunt (**). Subsisto potius, in illo significato latiori, qui transactionem tanquam speciem sub se comprehendit; quem & Icti respiciunt, si ad Edictum Praetoris de pacto seruando l. 7. §. 7. ff. de Pactis commentantur (**). Generis

A 2

loco

(*) Nec obstat L. 1. D. de Transact. Qui paciscitur donationis causa, rem certam & indubitam liberalitate remittit. Legis huius sensus minime est, ac si res litigiosa & dubia non possit esse obiectum pacti donationis causa initi. Contrarium enim docent L. 6. §. 3. ff. de his qui notantur infam., & IVLIVS PAVLVS Lib. 1. Sentent. Receptarum Tit. 1. §. 5. de rebus Litigiosis & conuenire & transigere possumus. Vnius positio non est alterius exclusio. (De varia L. all. 1. de Trans. interpunctione Conf. GERARD. NOODT ad Edict. Praet. de Pactis & Trans. Lib. sing. C. III.)

(**) In strictiori quem allegavi significato, varia occurrunt obiecta, de quibus transigere non licet, pacisci nihil prohibet. Sic res iudicata iuxta LL. non transactione, attamen pacto tolli poterat. IVL. PAUL. Recept. Sent. L. 1. T. 1. §. 5. Conf. SCHVLTING Ipdi. anteinst. pag. m. 220. -- Pactum remissorium de alimentis valet, transactio de his inita non nisi restricto modo obtinebat, & cetera.

(***) Pactum Vlpiano generalis terminus est & complectitur duorum pluriumque in idem placitum consensum, cuiuscunque

loco denique fit mentio pacti onerosi, quod per promissionem absoluitur acceptatam, eiusmodique repro-
missionem. Transactio enim nullo dato, vel retento,
seu promisso, minime procedit *l. 38. C. de Transf. iuncta*
L. 3. C. de repud. vel abstinentia Heredit (***). Necessesse
est vt determinetur, vtrum res e. g. litigiosa sit diui-
denda, & quomodo sit diuidenda, an vnus totam ha-

bere
cunque etiam formae sit. Eiusdem latitudinis est vox Con-
uenti, & pertinet ad omnia, de quibus negotii contrahendi
transigendique causa, qui inter se agunt, consentiunt. Con-
iunguntur vero verba, *pacta conuenta*, ornamentis explica-
tionisque gratia, nihilque aliud significant, quam pacta,
in quae consenserunt paciscentes. In specie transactiones,
si Praetor pacta conuenta seruanda edicit, subintelligi do-
cet GERH. NOODT, *Libro sing. ad Edict. Praet. de Pactis*
& *Transf. C. 2. & 3. p. m. 423. seqq.* idque ex Inscriptionibus,
quas Tituli Codicis Hermogeniani & Theodos. exhibent,
nec non ex Citatione veteris cuiusdam Icti in Consultat.
sua, quam ANTH. SCHVLTING in *Ipdt. antei. p. m. 815.*
sistit.

(***) Ex Legibus allegatis & coniunctis altera alterius pars
est, & coniungendo planior fit sensus *L. 38. C. d. Transf.*
Grande sane est Mysterium Interpretationis, Loca in Cor-
pore Iuris nobis exhibita, quae initio cohaeserunt, a Triboniano
vero diuisa & pro argumenti varietate Titulis hinc
inde diuersis, disiecta & dissipata sunt, iterum coassare.
In quo laboris genere, in primis quoad D. fragmenta om-
nem iam merentur laudem, qui Indices LL. publici iuris
fecerunt, IACOBVS LABITTVS, ANTONIVS AVGV-
STINVS & WOLFG. FREYMONIVS, noua & facilliori
methodo collectos a Viro Ictissimo ABRAHAMO WIE-
LINGIO in *Ipdtia Restituta*. Omnes vero multis post se re-
linquet parafangis Vir Sagacissimi ingenii, HOMMEL,
palingenesiam veterum Iuris Librorum, noua in lucem
editurus methodo.

bere debeat, & quid praestandum vel promittendum
sit alteri; si denique diuisio placeat, in ea sola sitne adqui-
escendum, an vero partibus diuisis accedere debeant prae-
stationes. Differentiam specificam denique ponendam esse
censeo in iure dubio. Obiectum Transactionis constitu-
unt vel res dubia, vel lis incerta eaque non finita. VLPI-
ANVS *L. 1. ff. de Transf.* praemeditato consilio distinguit
rem dubiam & Litem. Haec si mota, nondum vero finita,
semper incertum, qualis eius futurus sit exitus, exiguo
quia momento causae fata vertuntur. Non tamen sem-
per controuersia requiritur, vt transactio procedat, suf-
ficit timor litis. *l. 2. C. de Transf.* „Cum te proponas cum
sorore tua de hereditate transigisse, & ideo certam pecu-
niam ei te debere cauisse: etsi NULLA FVISSET QVAE-
STIO HEREDITATIS, tamen propter timorem litis
transactione interposita, pecunia recte tanta intelligitur: ex
qua causa si fisco soluisses, repetere non posses: & si non sol-
uisses, tamen iure conuenireris.” Cuius Legis interpre-
tatio (*) in fine eiusdem, siue bona sororis publicata,
siue

A 3

(*) Alia est coniectura Viri eruditissimi & interioris Iurispru-
dentiae veluti Promi Condi IAC. CUIACII *Lib. 9. Obs. Cap.*
24., qui hanc Legem, quatenus fisco concernit, explicat
de Vicesima hereditatis; i. e. de Vexigali sub Augusto
ad subsidium Aerarii Lege Iulia haeredibus irrogato. Fisco
simpliciter persequabatur Vicesimam a fratre, quem ipsa
Transactio cum sorore inita, indubitatum hereditatis pos-
sessorem reddiderat. Idem sentit ABRAHAM: WIE-
LING in *Lectiionibus Iuris Ciuilis L. 2. C. 32. de Lege Iulia Vi-*
cesimaria p. m. 270. Quantum denique aera lupinis, tantum
distat haec coniectura ab alia, quae est Icti frisi, MARCI
LYCKLM: A NYEHOLDT *Membranar. L. 1. Ecl. 17.* autu-
mantis, verba Legis all. ex qua causa, idem esse ac, ex quali
causa,

siue hanc absque herede defunctam & ius Successionis fisco competens ponat, sat luculenter tamen constat, transactionis iura minime concidere, etiamsi nullam iustam cum sorore de hereditate controuersiam fuisse, sed transactionem sine causa & frustra ob timorem litis solummodo intercessisse asseratur. Nulla enim idonea exceptionis causa est deficiens quaestio hereditatis, si cauta pecunia a fisco exigatur, multo minus vero hocce sub colore, quod solutum est, repetere licet. Aliquando lis ne quidem moueri potest, nihilominus tamen, quo minus transigatur, nihil obstat. Soepissime enim pendunt iura a conditionis futurae existentia. Ponamus fideicommissum de hereditate Titio restituenda, si fiduciarus vita sine Liberis decedat; & pactum eo tempore de sextante Titio dando, quum liberos fiduciarius nondum sustulerit, interpositum. Filio postea nato nulla conuerendi causa est, quod incertum conditionis non iniquis rationibus conuentione finitum sit. *l. 1. C. de Pactis.* Idem sancit *L. II. C. de Transf.* de fideicommissio inter fratres reciproco, addita in hoc casu ratione, quia concordia, remoto captandae mortis alterius voto, retinetur. Haud raro denique sola incertitudo de termino vitae causam transigendi constituit legitimam *l. 8. §. 23. ff. de Transf.* En rationem cur LYNCKERI & WOLFFII definitionem transactionis, quod sit decessio a Lite non gratuita, non adoptem, quippe quae suo angustior esse videtur definitio.

§. 3.

causa, ita ut omnia, quae de fisco leguntur, tantum exempli gratia allata sint. Sensus ergo Legis, si haec interpretatio arrideret, sine dubio foret sequens; Transactio cum Sorore super hereditate metu litis inita, valet sicuti & transactio cum fisco super hereditate plenissimum habet robur, quamuis metu litis inita sit.

§. 3.

Pacillimo, ex definitione, quam dedi negotio, transactionis colligi possunt essentialia. Requiruntur nempe 1) ius dubium. Quaestio an, & hac posita, alia, nempe quid, quale & quantum exigere queat, sit anceps dubisque obnoxia, vel per se, scilicet in futurum, ob pendentem conditionem, aut incertum mortis tempus, vel in praesens, ob contradictionem alterius motam, siue de qua, ne moueatur, metus adest. Modo in Casu contradictionis argumenta ab utraque parte adsint probabilia. 2) Pactum & omnia quae ad huius essentiam faciunt. 3) Pactum onerosum. Ut denique Transactio subsistat, & personae conditio, & obiecti qualitas neque per se, neque ob legem prohibitivam obsit, quo minus iura dubia pro arbitrio determinari queant. Adhibeatur etiam modus transigendi in quibusdam casibus a Legibus determinatus.

§. 4.

Multifariam conuentiones iniri posse vel dupondio notum est. Eadem transactionis est conditio. Mox in nudis simplicibusque subsistit pacti terminis, mox contractibus innominatis adnumerari debet, si datione vel facto ex vna parte confirmatum sit, quod simplex de re dubia conuentio determinat (*) vel si stipulatione aquiliana

Quotuplici modo transactio iniri queat.

(*) Equidem qui Liti renunciat, pro sua parte, quod promissum est, implere, & sic saltem transactiones, quae lites finiunt, tantum non omnes ad Contractus innominatos referendae esse videntur. Pacta nuda enim post alterius implementum in Contractus innominatos transire tralatitium est. Hunc tamen scrupulum eximit Vir Celeb. SCHILTER in *Prax. Iur. Rom. Ex. IX. §. 3.*

liana intercedente & subsequente acceptilatione (***) vetus perimitur obligatio, mox verbis solennibus totum transactionis negotium expedire volupe est, nihilque obstat quo minus poena conuentionali vel iureiurando nouum eidem accedat robur. Nec interest, in iudicio ineatur, an inter priuatos parietes. Non raro melioris probationis gratia accedit scriptura. Aliquando conditio vel suspensiuua vel resolutiuua annectitur. In primis vero ratione obiecti, mox omnes lites iam motas tangit, & generalis audit, mox de certo & determinato iure dubio vel controuerso est concepta, & ad speciales refertur tran-

(***) Stipulationis nouantis, ab Auctore suo cuius de dolo concepta formula malitiis omnibus euerriculo esse a Cicerone laudatur, aquiliana dictae verba a Florentino expressa leguntur in *L. 18. §. 1. ff. de Acceptil.* eademque sequentem in modum recenset THEOPHILI paraphrasis *Inst. §. 2. quibus modis tollitur obligatio.* *Quidquid te mihi ex quacunque causa dare aut facere oportet, vel oportebit, pure vel in diem, quarumcunque rerum nomine mihi tecum actio vel in rem vel in personam est, vel erit, & quidquid tu mecum habes, tenes aut possides, aut possedisti, aut dolo fecisti ne possideas, quancunque earum rerum quaeque res est, tantam pecuniam dari stipulatus est, Aulus Agerius, spondit Num. Nigidius.* Et posteaquam stipulatio eiusmodi intercessit, & omnia in verborum obligationem collata sunt, tunc e diuerso per acceptilationem Num. Nigidius Aul. Agerium interrogat, *quicquid ego Num. Nigidius tibi per aquilianam stipulationem hodierno die spondi, idne omne habes acceptum?* Respondet Aul. Agerius, *habeo acceptum, acceptumque tuli.* Effectus totius huius aquilianae stipulationis est novatio, s. vt quaecunque causa debendi in verborum obligationem conuertatur, & finis est acceptilatio, quae aquilianam stipulationem iterum dissoluit, & vulgo aquiliana dicitur dissolutio. Tam late vero concepta est eius formula, vt omnibus speciebus obuientibus applicari, & verba casui congruentia exinde eligi possint. BOEHMER *ad Inst. l. 1. c.*

transactiones. Mox renunciatur omni praetensioni ad rem controuersam, qualiscunque tandem fuerit, mox praetensionem praesentem, hucusque agitaram Transactio respicit, iterumque vel generaliter vel specialiter lis sopita esse videtur.

§. 5.

Qui transigunt, dubia iura & obligationes determinare allaborant, & quidem, quia omnis transactio aliquo vel retento, vel dato, vel promisso, concipitur, facili coniectura assequi datur, iuri dubio, aliud plane ab eo diuersum, sed ratione quaestionis, an, quid, quale & quantum exigi possit, certum, substitui. Sic iura, si a conditionis futurae existentia pendent, non actu competunt, sed tantum fore vt competant, possibile est. Spes opimi cuiusdam lucri, quantaque eiusdem sint deliciae, fallax est. Ob vicissitudines rerum minora emolumenta iam quaesita praeferenda sunt futuris maioribus, quorum vfus casu intercipi potest. Si ergo, quorum iura & obligationes ob pendentem quandam conditionem, ne quidem ratione quaestionis an determinari possunt, conueniunt, quod alter modico praesenti contentus, iuri futuro, etiamsi aliquando conditio existat, renunciat, alter ex nunc, id de quo conueniunt, debere incipiat, transactio adest, quamuis nulla lis adhuc sit mota, vel moueri queat; sublato iuri futuro substituitur aliud plane diuersum, cui vt satisfiat, ex nunc vrgeri potest. Non solum vero de iure futuro, sed etiam de iure quaesito eoque controuerso, de quo duo vel plures sibi inuicem contradicunt transactiones iniri §. 2. demonstratum dedi. Si de dubiis exortis inter dissentientes non conuenit ex regula iudex, vel vir bonus

qui consulta patrum, qui LL. iuraque seruat

B

ade-

adeundus est, ut expensis in utramque partem rationibus, determinet, cuius ius controuersum & quo modo competat, ut quod suum est, vel quod unicuique debetur, Litigantium quilibet consequatur, i. e. lis decidenda est, & neuter dissentientium quidquam de iure suo remittendi habet animum. Ambigua vero causarum sunt facta, & sicuti arma incerto geruntur Marte, sic lites incerta ventilantur astra. Victoriā, quis Litigantium reportaturus est, nunquam fere constat, multo minus, si quaestio anceps & dubia sit obiectum decisionis & documenta forsitan, ex quibus probatio peti debet, deficient. Vtraque pars inter spem victoris sententiae & metum ne causa cadat, fluctuat. Quid in tali casu consultius, quam ut dissentientes partem obiecti Litigiosi redimant, parte cedant, vel pro commodo quocunque alio in aduersarium translato ius dubium a controuersia mota vindicent, & iuxta Ciceronem pro Quintio, quam primum & quam minima cum molestia, incertum ad certum deducant, illiquidum liquidum reddant, litem finiant & ab eadem discedant abiecto eandem continuandi vel renouandi animo. Id si ad palatum dissentientium est, quid aliud intendunt, quam quod iuri controuerso mittant nuntium, & nouum quoddam ius ab illo specie diuersum constituent.

§. 6.

*Vtrum sit
decisio.*

Sunt qui transactionem per conuentam rei dubiae decisionem, dato vel retento vel promisso aliquo definiunt. Quia vero omnis decisio praesupponit, ut veritas latens in apertum deducatur, ut expensis in utramque partem rationibus ius controuersum determinetur, neuter Litigantium vero animum quidquam de iure suo remittendi habet; *III. Lib. Baro DE WOLF I. N. P. V. C. 4. §. 884.* recte

recte calculum ponit, argumentando transactionem non esse rei controuersae decisionem, quippe quae vox non nisi improprie in transactionis materia sibi locum vindicat, quatenus sc. vim decisionis habet, quum per illam Liti finis imponatur, perinde ac per decisionem. Non enim, penes quem sit veritas, transigendo inquiritur, sed ea in dubio relicta, simpliciter secundum Litigantium arbitrium a Lite saltem disceditur, dum vterque aliquid de iure suo remittit. Addit in Schol. eximius Philosophus; manifesta utique differentia est, utrum lis terminetur veritate, an mutuo consensu, illa in dubio relicta. In hoc casu Conuentio, cui vnanimi consensu partes sunt suffragatae, seruanda est, qualescunque tandem rationes sint, cur placuerit, quippe quae tanquam motiua voluntatis non attenduntur. Manet ius incertum, etsi ex conuentione ius certum consequatur is, qui aliquid accipit, vel cui aliquid promittitur, & ius in tali casu non metiendum ex Lege, sed ex paciscentium voluntate, quae omnia secus se habent, si lis decidatur. Conf. etiam GEORG. LVDOV. BOEHMERI *Princip. I. Canon. L. IV. P. 1. S. IV. T. 1. §. 945.*

§. 7.

Transactione inita, adquiruntur noua iura & constituentur nouae obligationes, quibus antea Contrahentes non obstringebantur. Reuera ergo transactio est pactum ex obligatorio & liberatorio mixtum, quae & anteriorem obligationem tollit, & nouam constituit. NETTELBLADT, *I. N. P. 1. §. 197.* Nouatio est actus quo in locum prioris obligationis, quae extinguitur, surrogatur alia, & sufficit, si genere obligationis haud mutato, saltem priori obligationi aliquid accedit vel detrahatur. HEINECCI *Elem. I. Civil. sec. Ordin. ff. P. VII. §. 49.*

*Est species
Nouationis.*

Coincidunt ergo in essentialibus cessante hodie stipulationis necessitate, Transactio & nouatio. Valida hinc Conclusio, transactio est species Nouationis.

§ 8.

Alea subest.

Transactio non nisi super iure dubio & obligatione exinde oriunda iniri potest. Si lis fuit, in eius veritatem non inquiritur sed vterque paciscentium, spem inter & metum constitutus, in nouum ius & nouam obligationem consentit, aliquid de iure suo, quod habere praetendit, remittendo, bene gnarus, penes quem sit veritas, dubiorum nebulis inuolutum esse. Si penitus exquirere daretur, quid in causis transactione sopitis esset verissimum, tantum non in omnibus casibus palam fieret, alterum in lucro, alterum in damno haerere. Transigentes vero, vel ob verecundam, qua lites execrantur, cogitationem, vel ob litigii molestiam, vel ob deficientes probationes, quibus veritatem causae iudici exploratam dare possunt, scientes volentes Litigio renunciant, sic ergo tacite in laesionem consentiunt; praeuident enim, laesionem huiusmodi Contractui sua natura adhaerere, nesciunt tantum, cuius erit laesio. Si ergo ex post appareat, quis in lucro, quis in damno haereat, damnum amplius vrgeri, & lucrum alteri extorqueri nequit, quem alter contrahentium sciens volensque illud iterum dimitendi immunem praestitit. Statim enim ab initio transactioni inest spes quaedam euentualis donationis, eo in casu valida, si postea appareat, quis in lucro versetur. Hinc optimo iure, omnis transactio, quatenus spes lucris & metus damni inest, conuentioni, quae aleam continet, affinis esse dicitur. (*) Continet enim tacitam pactionem,

(*) Conferantur ad h. J. THOMASIVS in *Dissert. de aequitate cerebrina* L. 2. C. de *Rescind. Vendit.* & SCHAVMBVRG: in *Fun-*

nem, de damno, quod ex post, vni ex contrahentibus, aliquid de iure suo remittendo, contigisse apparet, alteri in lucrum imputando. Eiusmodi Contractus quamuis onerosi, nullam aliam requirunt aequalitatem, quam ut tempore quo fiant, aequalis vtrique Contrahentium spes sit, metusque. Consensus scilicet indefinitus in vtrumque euentum & damni & lucris directus, omnem conquerendi causam excludit, vtcunque euentus ceciderit: *A cause de cette incertitude celui, à qui l'événement ne se trouve pas favorable, ne sauroit raisonnablement se plaindre de la perte, qui lui arrive, & à laquelle il s'est soumis par avance.* BARBEYRACK ad Puffend. Lib V. C. 9. §. 1. N. 1.

§. 9.

In Materia de pactis a Consensu omnia pendere, translatitium est. Hinc transactionem strictae interpretationis esse valide concludo. Non excedit negotia & causas, de quibus nominatim concepta est, nec personas, quarum ad palatum transactionis fuere conditiones, vel quorum fauorem ex intentione transigentium respicit, nec ultra quantitatem pecuniariam de qua fuit disputatio extentenda est. Sic transactio non obstat nouae praetensionis ex alia causa oriundae. Nimirum ius, quod ex noua causa descendit, prorsus diuersum est ab eo, quod Litis per transactionem sopitae fuit obiectum, & ab huius remissione vel in totum vel pro parte facta, aliisque eius determinationibus arbitrariis non valet consequentia ad noua iura, siue transigentibus nota fuerint, siue non. Non tollitur ius transigentis contra tertium, etiam si

Tr: est strictae Interpretationis.

B 3

Fundamentis Doctrinae, de obseruanda aequalitate inter rem & pretium in Contractibus permutatoriis. Duumviri, quoad aequitatem Legis all. 2. quam maxime a se inuicem dissentientes, in Transactionis Materia vero amice conspirantes.

iam si forsan eadem transigendi causa sub sit, & quia omne pactum, omnis conuentio fit saluo iure tertii, nec huic transactio esse potest praeiudicio. WOLF I. N. P. V. §. 899. 900. 905. Amice conspirant Leges cum conclusionibus hisce ex ipsa pacti notione sua sponte fluentibus. Cuius rei veritatem ex Legibus iam adducendis sum commonstraturus & quidem *Lege 9. §. 1. ff. de Transf.* sanctum lego „transactio quaecunque sit, de his tantum, de quibus inter paciscentes placuit, interposita creditur, & lex 5. ff. eod. luculenter disponit, „Lites, de quibus non est cogitatum, in suo statu retineri, quum aquiliana stipulatio interponitur, quae ex consensu redditur. Liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentum fregit, „Nunquam verba extra mentem sunt rapienda, & omnis pactio magis animo, quam verbis regitur. Eset captiosa Liberalitas, quae ultra consensum eius, qui noluit remittere, nisi de quo cogitauit, induceretur. Hinc frangenda, hinc tollenda. BYNCKERSHOECK *Obs. I. R. L. 4. C. 2.* Sic si transactionis pacto de certa re interposito, hoc comprehensum erat, nihil amplius peti, in infinitum eiusmodi clausula minime patet, nisi animo forsan obuia sit notio, quae omne id infiniti nomine designat, cui in genere limites praefigi nequeunt, quippe qui ex circumstantiis in casu dato obuiis demum sunt determinandi. Hinc interpretatio adhibenda est restrictiua, quae vim & potestatem huius clausulae cum intentione transigentium certae illique determinatae praetensionis vel rei adstricta pari passu ambulare iubet, nec eandem ceteris quaestionibus forsan inter paciscentes ventilatis vult esse praeiudicio. *l. 31. C. de Transf.* Quamuis, qui generaliter de his quae testamento illi relicta sunt transigit, non ferendus sit, si transactionis effe-

ctum

ctum coarctare velit, & interpretatione restrictiua tantum eandem de hac vel illa parte testamenti valere defendat, tamen eadem reprehensione dignus esset, qui nimis iusto eiusdem efficaciam dilatare, & iuri ex codicillis quaesito, per eiusmodi transactionem renunciatum esse vellet, vel qui transactionem de fidei commissio testamentario ad codicillare vel specie plane diuersum, vel saltem opimius quam testamento relictum fuerat, protraheret. *l. 3. §. 1. & l. 12. ff. de Transact.* Sunt quidem codicilli pars testamenti, non tamen nisi quoad rationem iuris antiqui, quia ex testamento, viribus propriis non subsistentes, omne suum mutuabantur robur. Abstrahendo ab hac ratione, quae ipsa & hodie penitus cessat, erunt codicilli a tabulis testamenti prorsus diuersi. Qui de iure ex testamento quaesito transactionis ergo paciscitur, stultitiae notam vix effugeret, si de hac vel illa parte testamenti tantum se cogitasse asserere vellet, quia totum testamentum indiuidua serie sese oculis offert, & a culpa alienus non est, qui non toto perlustrato testamento transigit. FABRI *Rat. ad l. all. 12.* Quae ratio tamen quoad illum, qui lucra ex codicillis obuenientia persequitur, cessat, quum codicillos ignorare potest, qui testamentum videt, & de iure exinde oriundo transigit. Quae quum ita sint, nec est, quod dubitem asserere, solam diuisionem hereditatis per transactionem factam inter plures fratres coheredes reciproco fideicommissio grauatos non esse argumentum remissi fideicommissi, addito licet pacto, se nihil contra diuisionem facturos. Equidem minime fugit, diuisionem suam cuique tribuere. Tamen vt hoc absolute fiat non est necesse, nec dominii adquisitio omnes respuit conditiones eius limitandi ergo appositae. Nihil ergo

ergo impedit, quo minus in casu dato supponamus, factae diuisioni onus restitutionis, fideicommissi conditione existente adhaerere, quo supposito fideicommissi petitio nullo modo diuisioni contraria est; per quam nihil aliud intenditur, quam ut a Communionem recedatur. SANDE. *Dec. Fris. L. 4. T. 5. D. 15. pag. m. 354.* Si tamen diuisionis Conuentio tam late concepta est, ut salua ratione recti sermonis ad solam diuisionem restringi nequeat, vel si diuisio fiat tempore, quo iam purificata est fideicommissi conditio, fideicommissum petere contra datam foret fidem. Nec ut interpretationi restrictivae supra adhibitae nuntium mittam, mouet *l. 122. §. ult. ff. d. V. O.* Acu rem tetigisse videtur IO. VOET in *C. ad ff. Tit. de Transf. §. 21.*, si Responsum Scaeuolae non nisi hanc quaestionem concernere autumat, utrum poena conuenta, si quis fratrum diuidentium contra diuisionem faceret; in casu proposito commissa esset. Affirmando consulentibus responderet N.B. secundum ea, quae proponerentur. Facti species ipsi proposita iam continebat praeiudicalem quaestionem decisam, an scilicet petitio fideicommissi esset contra diuisionis placita. Erat pro affirmatiua res iudicata, quae pro veritate est, etiamsi contra ius Litigatoris lata sit sententia. Quid mirum ergo, si in casu dato, absque causae cognitione circa potiore quaestionem, quae ad scopum nostrum facit res iudicata illi argumento erat, diuisioni contrauentum esse, quid mirum, si poenam commissam esse, responderet. Nihil ergo facit haec Lex ad destruendam thesin meam. A rebus, de quibus non nominatim concepta est transactio, progredi liceat ad personas, quos transactionis vis non stringit. Si Debitor, cuius pignus Creditor distraxit, cum eo, qui se legitimum

num Creditoris heredem esse iactabat, transigit, non prodest haec conuentio vero heredi, ad effectum elidendae actionis pignoratitiae per exceptionem rerum transactarum. *l. 3. §. 2. ff. de Transf.* Simili quoque exemplo rem illustrat *L. 9. ff. de Transf.* secundum quam is, qui cum tutoribus suis quoad administratam tutelam, de sua ipsius portione transigit, & deinde de rata fratris sui, a quo heres relictus est, ex capite eiusdem tutelae administratae, cum iisdem tutoribus agit, transactionis ope non submouetur. Non enim venit contra factum suum, qui petit, de quo non transigit. Pro uoco denique *ad l. 3. pr. ff. de Transactionibus*: quae transactionem heredis scripti cum legitimo Legatariis innocuam esse disponit. Ponamus casum. Heredi scripto cum legitimo contentio est de validitate testamenti. Controversiae finis atque modus ponitur per transactionem, ita, ut hereditatem diuiduam faciant. Legatarii in hoc casu non obstante diuisione solidum ab herede scripto petunt, ut contra utrumque pro rata agant, opus non est. Ratio Legis scrutando facile detegitur. Heres scriptus intellectu iuris heres manet. Quamdiu testamentum non est resolutum, legitimus non admittitur. Priuatis pactionibus vero ius caeterorum non laeditur, quamuis heres scriptus pacto sibi socium hereditatis quasi iungat. Autumat quidem Vir celeberrimus Academiae Lugduno Batavae decus IO. VOET, in eiusmodi casu legatarios probare debere, testamentum substituisse, ne alioquin ex falsis & ex inofficiosis & ex ruptis, aut ex tabulis ipso iure nullis, Legatarii, qui nullum vnquam ius habuere, contra ius fasque lucrum adipiscantur, idque probare annititur ex *LL. 2 3 4. §. 54. ff. de Cond. Ind.* Sed huic opinioni ut calculum adiciam, vix possum a me impetrare. *LL.* allegatae enim casum supponunt, iudicem causa cognita iura Legitimi

C

here-

heredis potiora pronunciaſſe, id quod in primis ex *L. all. 2.* patet, „*Condictio danda eſt illi, ſecundum quem de hereditate indicatum eſt.* Si vero tranſactio inita eſt, ob dubia, circa validitatem Teſtamenti oboriunda, teſtamentum in ſuo iure manet, diſponente ita *l. 29. §. 2. ff. de inoff. Teſt.* idque non ſine ratione. Tranſactio ipſa iam praesupponit dubia de validitate Teſtamenti, & ſic teſtamentum nullo laborat viſibili vitio, in quo caſu teſtamentariae ſucceſſionis potior eſt ratio, & grauiffima pro teſtamenti valore praesumptio, quae non niſi luculentiffimis elidi poteſt probationibus. Hinc heres teſtamentarius, ſi teſtamento nullo viſibili vitio laboranti innititur, in poſſeſſorio defendendus eſt, & in petitorio legitimus onus probandi ſubire tenetur. Omnibus probationibus vero tranſigendo nuntium miſit heres legitimus. Teſtamentum ergo manet in ſuo vigore, & Legatarii ſimpliciter ſe fundant in illo, & in aditione, quae, quamuis in caſu diuiſionis per tranſactionem ſtabilitae non niſi pro parte ſupponenda eſt, tamen ſufficit, vt intuitu tertii, cum quo non tranſegit inſtitutus, cauſa teſtati obtineat, & is conueniatur, cuius arbitrio relictum erat, tranſigendo ſibi cauere pro oneribus hereditariis, & qui negligentiam ſuam in exigenda hacce cautione in alienam iniuriam referre nequit. Fauet nobis PAVLVS *l. 17. ff. §. 1. de inoff. teſtamento*, ſecundum quem, ſi heres inſtitutus ſponte ceſſerit querelam mouenti, eique non reſponderit, ſententia quae teſtamentum in contumacium inofficioſum pronunciat nullo praeciudicio eſt Legatariis, quippe quae de iure rei, non de iure teſtamenti pronuntiata eſt. Idem obtinet & quoad Creditores hereditarios, ſi controuerſia inter legitimum & ſcriptum heredem orta & certa tranſactionis Lege finita eſt. Ponamus, ſcriptum heredem parte cedere, partem redimere, tamen facultas in ſolidum contra eundem experi-

periundi illis denegari nequit. Hereditas vel teſtamento deferitur, vel Lege. Adeſt in Caſu teſtamentum, adeſt heres, qui vel adiit, antequam controuerſia mora eſt, vel ſaltem eo ipſo quo tranſigit & e. g. partem hereditatis habere deſtinat, in aſſem videtur pro herede geſſiſſe *l. 10. D. d. acquirenda hered.* Ex Lege qui ſuccedere forſan in votis habet, non admittitur quamdiu teſtamentum manet in ſuo vigore & heres ſcriptus nullum repudiandi habet animum. Pacto iura ex teſtamento oriunda mutari nequeunt, *l. 29. §. 2. D. d. inoff. Teſt.* quamuis iisdem, in quantum proficiunt, renunciari queat. Pacta Legi, quae neminem pro parte teſtatum, pro parte inteſtatum decedere ſinunt, fraudi eſſe nequeunt. Quicquid heres legitimus vi tranſactionis accipit, ex pacto habet, non ex iure hereditario. Amiſſio vel tranſlatio bonorum hereditariorum ipſi iuri hereditario innocua eſt. Quid! quod vel ipſa ceſſio hereditatis in iure ſolenniter apud Praetorem facta, ſi ſemel adita, non eius eſt efficaciae, vt vincula iuris heredem inter & Creditores ſoluat. *Conf. Fragmenta quae ex Corpore Vlpiani ſuperſunt T. 19. §. 14.* Succeſſio ergo iuxta Leges certa eſt, & vt directis actionibus heres teſtamentarius in ſolidum conueniatur prohiberi nequit. Non multum ergo abeſt, quin Viro aſſentiam longe celeberrimo GERH. NOODT. *Probabil. L. 2. T. 2.* qui Scaeuolam, praetantiſſimum alias Iuris conditorem, in Reſponſo quod *L. 14. ff. de Tranſ. (*)* exhibet, gloriam integritatis non ſeruafſe, ſed

C 2

(*) *L. 14. ff. de Tranſ. Scaeuola Libr. 2. Reſponſ.* „Controuerſia inter legitimum & ſcriptum heredem orta eſt, eaque tranſactione facta certa Lege finita eſt, quaero, Creditores quem conuenire poſſunt? Reſpondit *Si iidem Creditores eſſent, qui tranſactionem feciſſent*; ſi alii Creditores eſſent, propter incertum ſucceſſionis pro parte hereditatis, quam vterque in tranſactione expreſſerit, vtilibus actionibus conueniendus eſt.”

Hunc

sed potius id amicitiae dedicasse auguratur, quamvis & FABER & HVBERS, & IO. VAN DE WATER, & tota fere Iureconsultorum cohors, aliter sentiant, varias ineuntes vias, vt *Leges 3. & 14. ff. d. Transf. ab antinomiae nota vindicent.* Haud infrequens veterum erat principium, de parua subeunda turpitudine, si ea re magna utilitas amico quaeri potest, compensando leue honestatis damnum, grauiori in amico adiuuando honestate, eamque famae lacunam munimentis partarum amico utilitatum solidando. In hac quoad puriorem Philosophiam haeresi erant Theophrastes, Cicero in *Leilio*, & ipse Chilo ex illo inclyto sapientum numero fama haud postremus teste GELLIO in *N. A. L. 1. C. 111.* Iisdem principiis imbutum fuisse Scaeuolam, quid impedit suspicari, quum de eadem fere re, iisdem saltem rationibus innixa, in Commentariis suis diuersa praecipiat, diuersa consulentibus de Iure respondeat. Alia tamen incedit via IO. VOET verumque agit Ictum Eriscundum, qui *L. 14. all. verba conueniendus est*, per *conueniri potest explicat*, ita vt voluntatis magis quam officii sit, pro parte transactione definita vtrumque heredem, vili conuenire actione. Vterque enim utiles contra

Hunc in modum se habet Florentina Lectio. Attamen aliquid ex *L. 14.* post verba, *qui transactionem fecissent*, excidisse, in apico est. Hancce lacunam per verba; *id observandum esse de aere alieno, quod inter eos conuenit* in *Vulgata* & *Norica* suppleri, testis est WIELING in *Lectioibus I. Civil. L. 2. C. VI.* Ex ANTONII FABRI in *Rat. ad h. L. Coniectura* textus sic emendandus esset, *sive iidem Creditores essent, qui transactioni interfuissent sive alii Creditores.* HVBERS in *Eunomia Romana, Lib. 2. ad ff. pag. 123.* Basilicos locum hunc ita reddere tradit, *siquidem essent iidem Creditores hereditarii, sequuntur id; quod inter eos conuenisset.* IO. VAN DE WATER *L. 1. Obs. I. R. C. 1.* autumat, verba si alii Creditores essent, non a Scaeuolae manu, sed indocti hominis foetum esse.

tra se motas actiones excipere teneretur, quia vterque voluit esse heres, & sic vt talis actiones pati cogendus est. Quae si arrideant, & Legatariorum intuitu obtinebunt.

§. 10.

Ex his, quae de natura transactionis hucusque delibauimus, facillimo negotio & de eius effectu ferri potest iudicium. Pacta conuenta seruabo, edicit Praetor. Eius de seruanda pactorum fide Edictum, si quae Celeberrimus de NOODT ad illud commentatus est, adoptem, accepit originem ex Lege quadam Decemviri XII. Tabl. pro fonte totius Iuris civilis merito habitatum. Adeo quidem lacerata & corrupta eiusdem verba circumferuntur, vt vix de eiusdem vi & sententia certum quid statui queat. Eandem tamen sequentis fuisse tenoris idem Commentator Ictissimus probabili diuinatione autumat; *Rem ubi pagunt* (pago idem quod paciscor) *oratione i. e. solenniter, ratum esto, ni ita pagunt, in Comitio aut in foro ante meridiem causam conicio.* Comuni fere Ictorum suffragio comprobatum est, hanc Legem, quam Ima Tabula de in ius vocando exhibet, transactiones ratas iubere, quae inter vocantem & vocatum, dum in ius venit, fiunt. Moris enim erat, vt qui actione experiri constituerant, prius per amicos s. disceptatores domesticos tentarent, an quid proficere liceret intra parietes. HEINECC. *Antiq. L. 4. T. 6. §. 13.* BACHII *H. I. p. 26.* Non tamen aliter transactiones erant ratae quam oratione, i. e. solenniter initae. Cuius Legis angustiam regere & laxare voluit Praetor, proponendo Edictum de seruandis pactis de non petendo, (*) siue gratis, siue trans-

Effectus.

C 3

figendi

(*) Sic Edictum Viro illustriss. tantum ad pactum de non petendo pertinere videtur, cui sententiae & ipse ordo Edicti perpetui & Digestorum fauere verosimile est. In Edicto perpetuo illud Titulum de edendo sequitur, & titulum de in ius vocando antecedit. In Pandectis Materia de pactis & transactione.

figendi animo initis dum & nuda pacta confirmaret, ad tollendam litem directa, ita ut actio Iuris Civilis aduersario competens propter fidem pacti exceptione excluderetur. Iuxta sensum huius Edicti ergo & ex nudo pacto transactionis, quod Iure Rom. nec parit nec perimit actionem, exceptio competit *l. 21. C. de pact.* ut tamen actori agenti pristina actione, dum reus non seruat fidem, & nihilominus pacti exceptione utitur, replicatione doli mali vel in factum, prout suadet personarum differentia, uti liceat. Non enim est acquum, ab alio fidem exigere, qui ipse eandem non liberat. *l. 28. C. de Transf.* Hodie ex nudo transactionis pacto actio competit. Si denique in Contractum innominatum degenerat transactio, actio praescriptis verbis obtinet. *L. 6. (**)* & *33.*

(***) C.

sactionibus inter Titulos de Iudicio, Iurisdictione, Procuratoribus & Defensoribus interiacet, quorum omnium munia transigentes praecipue videntur, illisque nullum relinquunt locum. Vlpianus tamen & alii Commentatores ad Edictum, ulterius procedunt, & omnes pactorum species hac occasione recensent. Eiusdem videtur fuisse sententiae SIGONIVS *de antiquo Iure populi Romani Tom. II. L. 1. C. 20. de Iudiciis in fine.*

(**) *L. 6. C. de Transf.* „Cum mota inofficiosi querela matrem vestram, quam filius testator exheredavit, cum diuersa parte (herede instituto) transigisse, ita ut partem bonorum susciperet, & a Lite discederet, proponatis: instaurari quidem semel omissam querelam, per vos, qui matri heredes extitistis, iuris ratio non fuit, verum si fides placitis praestita non est, in id quod interest, diuersam partem recte conuenietis, aut enim stipulatio conuentioni addita est, & ex stipulatu actio competit, aut si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat danda est. Si nulla intercesserit stipulatio, in Casu substrato Contractus innominatus adest, proponitur enim in *h. L.* matrem a Lite destitisse, & quidem ita, ut, ea iam mortua, ad Litam nullus sit regressus; querela extin-

cta

(***) *C. de Transf.* Recedit tamen a Contractuum innominatorum natura in eo, quod transigens, qui ex sua parte iam adimpleuit transactionis placita, ex capite poenitentiae resilire nequeat *l. 39. C. d. Transf.* ne lites sopitae resuscitentur. Si vero alter contra Transactionis condiciones agere nititur, alteri integrum est vel ad implendum agere, vel rescissa transactione causam ex integro tractare *l. 14. C. eod.* Si denique a verborum solennitate transactio robur mutuatur, Condictio obtinet Certi vel ex stipulatu *l. 21. C. de Pact.* & *l. 33. C. de Transf.* Soepissime poenam conuentionalem nouam transactioni adiicere vim & efficaciam, iam supra allegaui. In eiusmodi casu, pro diuersitate sanctionis poenalis mox haec, mox alia obtinet decisi-

cta est, per mortem matris exheredatae. Praeparata quidem fuit, tamen eandem postea remisit, & in hac voluntate perseverauit. Non autem, ut querela ad heredes transmittatur, sufficit Lis coepta, nisi in eadem actor perseveret. *l. 15. §. 1. D. de inoff. Testam.* Hinc alia inspectio est in *L. 27. D. eod.*, exheredata ipsa, fide ab herede transactioni haud praestita inofficiosi causam de integro tractare potest. Ius prutenicum, etiam in hoc ultimo casu causam ex integro agere prohibet, quae dispositio tamen verecundiae, quam filius Matri debet dicata videtur. Hinc an ad similes casus extendi queat, merito dubitatur. *P. II. L. IV. T. 16. A. 5. §. 10.*

(***) In *L. all. 33.* diuersa occurrit, ratione euictionis praestandae decisio. Themata transactionis ex asse adimplenda esse, iam supra euictum dedi, vim pactitiam huic negotio vindicando. Hinc si pro fundo controuerso, quem e. g. totum, alteri transigentium, forsan ob vicinitatem retinere volupe est, alter fundum liberum, alius forsan eiusdemque distitae regionis promittit & deinde fundum non liberum tradit, omnia ea merito obtinebunt, quae iura de euictionis praestatione disponunt. E contra, si ipse fundus controuersae olim subditus illi, cui vi transactionis restitutus est, euincatur, omnis cessat de casu tali emergente querela. Restituendo enim fundum, qualis qualis sit, placitis satisfactum est.

decisio. Si poena est surrogatum obligationis principalis, poena commissa, obligationi principali contravenire licet, quod tamen ex regula & in dubio non videtur actum. Aliquando poena continet id, quod interest; quae poenalis stipulatio longe vtilissima est *l. 15. D. d. Transf.* quia aestimatio eius quod interest, magis in facto quam in iure consistit *l. 24. D. de R. L.* & difficilis plerumque est probatio, quanti cuiusvis intersit. *l. ult. D. de pract. stipul.* Stipulando poenam vero efficitur, ut non tam inspiciatur quid intersit, quam quae quantitas in conditione stipulationis sit posita *§. 18. l. de mat. stipul.* In hoc casu, si alter fidem servare detrectat, obligatio salva manet, & in alterius arbitrio positum est, utrum poenam an complementum transactionis persequi velit *l. 14. C. de Pact.* Electio tamen semel facta ius variandi excludit. Aliquando utrumque persequi licet, addita si est clausula ut rato manente pacto, si quis contra placita venerit, poena praestetur. Quid denique iuris, si non solum poena conventionali sed & stipulationis aquilianae acceptilationisque vinculis munita sit transactio? Talem offert speciem *l. 40. C. de Transf.* Titius cum Sempronio, inito transactionis pacto, convenit, ut Sempronius a Lite, quam intendit, accepta parte rei litigiosae, discedat; & si iterum agat stipulatur Titius, data restitui, & praeterea poenam exsolui. Sempronius porro reliquum obligationis, cui vi transactionis ut satisfiat, non amplius necesse est, stipulationis aquilianae ope transfert in verborum obligationem, & mox Titium ab ea liberat per acceptilationem. His peractis denuo agere vult Sempronius. Imperatores Titio contradicente ex integro causam agere non permittunt, etiamsi alter & poenam ferre, & accepta restituere velit. Contraria e parte adversario haud contradicente lis refuscitari potest, modo ante litem contestatam accepta restituat & poenam

nam exsoluat. Nec obstat, priorem actionem per acceptilationem extinctam fuisse *l. 15. C. de Transf. l. ult. C. de Acceptil.* Ob litigantium consensum enim negligi potest, forma iuris, solennis quidem, sed in renunciantis favorem introducta. Quid! quod poena conventionalis tacite ius dat, a transactione, si adversarius id permittat, abeundi. Quamvis enim acceptilatio, quae pure & simpliciter ex regula tollit actionem, expressam conditionem respuat *l. 4. D. de Accept.* tacitam tamen admittit. Dixi de diversis transactionis effectibus, pro diversa, quam saepius prae se fert forma. Opportune sese adhuc offert specialis sanctio *L. 41. C. de Transf.* in Majoribus 25. annis prodita, qui transactionem iurata servare, non habent curae cordique. Horum temeritatem pluribus coercere poenis placuit Imp. ARCADIO & HONORIO 1) notantur infamia, 2) ad iura transactione sublata nullus illis permittitur regressus. 3) Poenas coemptas dare tenentur. 4) Emolumento iam ex transactione obtento carere iubentur, eaque omnia deputantur commodo illorum, qui intemperate pacti iura servarunt.

§. II.

Sunt qui Clausulam: *rebus sic stantibus*, omnibus pactis, & per consequentiam cuius transactioni inesse autumant; clausulam illam, quae in genere continet conditionem resolutivam, & voluntatem disponentis, dispositionem non subsistere diutius, quam omnia manent in statu, in quo nunc sunt. Sunt, qui eiusmodi conditionem odiosam vocant, & sagacissimus ille gallus, Iuris naturalis Puffendorffiani Commentator itidem negat, hanc clausulam omnibus in conventionibus in genere subintelligendam esse, non quidem, quia conditio eidem adhaerens odiosa est, sed quia facile diverticulo esset, fidem fallentibus „*ce n'est pas, parce que la condition est odieuse, que si on la suppose renfermée dans tout engagement, il n'y en aura guères, sur lequel on puisse*“

D

Verum Clausulae rebus sic stantibus in Trans. loc. cit. sit?

ordinairiment compter avec quelque sureté. L. V. C. 12. §. 20. N. 2. Ius ciuile romanum, mox tollit negotium, quum incidit in casum, a quo incipere nequit l. 3. §. fin. ff. de his, quae pro non script. mox non nouum esse asserit, vt quae semel vtiliter constituta sunt, durent, licet ille casus existerit a quo initium capere non potuerunt. (*) Hoc Doctorum Legumque a se inuicem diuortio commotus Ill. DE COCCEL. singulari quadam dissertatione in huius Clausulae naturam penitus inquisiuit. Quoad Conuentiones C. VI. §. 1. recte defendit, illos semel rite initas & validas, non infirmari, statu licet mutato, nec illas Clausulam, rebus sic stantibus, si pactis non sit inserta, admittere, excepto casu, quo vitium, quod perpetuo abesse debuit, superuenit, & sic in casum incidit negotium, vnde incipere nequit. Fiat applicatio ad Transactionem, quae Conuentionibus annumeranda est, & sic Clausulam non admittit, etiamsi status rerum postea mutetur. Quid vero, si alteri alter ex transactione adhuc aliquid debeat e. g. alter pro re controuersa, quam alteri retinendam relinquit, sibi stipulatus sit rem, quoad speciem, s. vt philosophice loquar indiuidualiter determinatam, post aliquod temporis spatium tradendam. Quid iuris? si res interea casu pereat. VINNIVS in simili casu Clausulam rebus sic stantibus applicat. §. 2. I. de inut. Stipul. Ergo & in transactione eidem locus relinquendus erit. Prout mea fert sententia, distinguenda est transactio, ab obligationibus reciprocis per transactionem constitutis. Non nego, extinguere obligationem eius, qui speciem promissit, sed non ita extinguitur, vt transactio ipsa corruat, & reciproca alterius ex eadem obligatio. Extinguitur tamen, & vi Clausulae & quia in genere Debitor speciei eius interitu liberatur. Simulac enim transactio inita est,

(*) Operae pretium est, legere, quae IAC. GOTHOFREDVS de finibus vtriusque regulae regundis disserit in *Comm. ad L. 85. §. 1. ff. d. R. I.*

est, periculum rei indiuidualiter determinatae pertinet ad illum, cuius esse debeat. Nec semper regula procedit, res perit suo domino. Si enim dominus rei simul eiusdem debitor sit, puta ex causa Legati, stipulationis, aut venditionis, semper aduersario res perit, domino nunquam VINNIVS ad §. 3. I. de Emt. Vend. Superest adhuc alia quaestio, quae maioris momenti videtur, quam vt clausula ius ex transactione quaesitum illibatum relinquat. Penamus post transactionem initam, ius olim controuersum ad liquidum perducere, & ex luculentissimis instrumentis constare, alterum transigentium laesum esse. Quid obstat, quo minus illaesa conscientia, transactio ad irritum reuocari queat. Transigens desperauit de medio ius eruendi, ab omni culpa alienus ignorauit documenta, ignorauit testes, quibus opus erat, ad iustitiam causae, & iudici & parti aduersae explanandam. En errorem, en ignorantiam inuincibilem, en motuum fortissimum transactionis ineundi condiciones. Clausula rebus sic stantibus dispositioni cuiuslibet inest, eatenus, quod vi eius, dispositio corruat, quoties mutatio, quae post factam dispositionem contingit, talis est, quae facile praeuideri non potuit, & si praeuideri potuisset, disponentem ita non disposuisse manifestum est NETTELBL. *Introd. ad Ius Nat.* §. 337. (*) Non negamus regularum conuenientiam cum veritate in thesi. Absit tantum applicatio ad hypothesein. Transactio requirit causam dubiam. En characterem distinctiuum illumque essentialem. Hanc qualitatem causae non ignorarunt transigentes, alias nullo transigissent modo. Nec errant. Est enim causa dubia. Sic neque error, neque ignorantia versatur circa essentialia transactionis. Sed

D 2

illa

(*) Cui volupe est legere omnia argumenta quae Paradoxon pro iure retractandi transactionem, nouis instrumentis re-pertis, stabilire videntur, conf. OPVSC. MISCELL. LV. DEWIGIAN: T. I. L. III. Op. I. profundae sane eruditionis monumentum.

illa ipsa ignorantia, sc. fore aliquando, vt de veritate causae constet, validitati transactionis obesse videtur, quippe cui vt plurimum innititur. Ex ignorantia enim transactum videtur, quum non verosimile sit, aliquem transacturum esse, si sciret, probationem olim extitutam esse. Haec ignorantia non nisi concomitans est, quae iuxta Monita BARBAYRA-
CI ad Puffend. L. III. C. 6. §. 6. & 7. in Notis. & L. I. C. 3. §. 10. N. 2. bene ab efficaci distinguenda est. *L'ignorance efficace c'est celle qui regarde une connoissance nécessaire dans l'affaire, dont il s'agit: ignorance, qui empêche le consentement. &c. Connoissances nécessaires sont celles, que demande nécessairement la nature de la chose, ou l'intention de l'agent formée dans le temps qu'il falloit & notifiée par des indices convenables: L'ignorance concomitante au contraire c'est celle, qui regarde une connoissance qui n'a nulle liaison avec l'affaire dont il s'agit.* Conf. etiam ad LAVTERB. TITIVS Obs. 511. Concomitans ignorantia validitati pacti non obstat, etiamsi in hac ignorantia causa impulsiva fundatur, cur transigatur. Quid quod semper culpa eius, qui transigit concurrit, quod conditionem non adiecerit, se nolle teneri, si ex post ex instrumento quodam guarantigato de iure, quod vel in totum vel pro parte remittitur, constet. Si vero huius conditionis nulla facta sit mentio, ius ex pacto quaesitum alterius, simpliciter aestimatur ex promissione acceptata, non ex motiuis, quae alter forsan mente reposita habuit, vel discursive protulit. CANZII *Discipl. morales Tract. I. S. II. C. II. §. 331.* DARIES: *Obs. ad Ius Nat. O. 22. §. 22-24. Ius prutenicum L. 4. T. 16. A. 5. §. 3.* elegans fuit exemplum, de transactione spe hereditatis constituendae inita seruanda, quamvis transigens spe frustratus sit. Sic cessat primum requisitum, vt huic clausulae locus sit, necessarium. Sed progredior ultra, negando, manifestum esse, si haec mutatio praeuidere potuisset, non transactum fuisse. Sermo nobis est de iure contro-

controuerso. Lites sunt finiendae. Aduersarius id vrgeri solet, & de iure potest. Nec in tali casu a partis aduersae arbitrio pendet, vtrum Litem differere velit. Media Lites finiendi sunt vel laudum vel Sententia Iudicis, vel transactio. Conueniunt dissentientes de transactionis medio, non quia desperant, fore, vt aliquando Instrumenta sese offerant, sed quia Lis est finienda, & in casu substrato magis expedit, transigere, quam sententiam Iudicis expectare. Exinde porro liquet, laesionis probationem etiam post instrumenta reperta vanam esse. Semper enim incertum est, qualis iudicii exitus futurus fuisset, si non transigissent. Nunquam constat, qui transactionem sibi damno esse conqueritur, annon multo grauiorem iacturam, iudicis sententia, quippe quae iuxta acta & probata ferenda est, passurus fuisset, quum & sententia semel rei iudicatae auctoritatem inacta, etiamsi contra ius Litigatoris lata sit, pro veritate habetur. Ratio igitur dubii euentus, cui per transactionem obex ponitur, non patitur, vt ex causa laesionis conquerantur transigentes.

§. 12.

Ciuium salutem concordiae vinculo retineri tantum non omnes, vno confitentur ore. Quid vero tam largam discordiarum segetem & Materiam suppeditat, quam Litium multitudo? Quo magis ergo expedit, Lites diminuere, eo magis reip: bene constitutae conuenit, quaeuisque litium dirimendarum compendia approbare, illisque maximam, qua gaudere possunt, auctoritatem largiri. Quo fit, vt & transactionis vim pacitiam ex eius natura iamiam erutam augeat, Legibus id disponentibus, Rei iudicatae auctoritas l. 20. C. de Transf. ita vt obligationis vinculum ex transactione inter paciscentes ortum, firmiter illos liget, perinde ac si iudex Litem terminasset, & eius sententia vires rei iudicatae inacta fuisset, nulla relicta facultate Litem vel

*Tr. habet
rei iudica-
tae auctori-
tatem.*

continuandi vel renouandi. Hinc & Iusiurandum, quod pars parti defert, transactionis speciem continet, & haec illi aequiparatur. *l. 1. 2. 31. ff. de Iurei.*

§. 13.

En nouum fontem conclusionum earundem, quae supra iam ex natura transactionis deducere allaborauimus. Dato iureiurando non aliud quaeritur, quam an iuratum sit, remissa quaestione, an debeatur, quasi satis probatum sit iureiurando *l. 5. §. 2. ff. de Iurei.* Reuera iureiurando delato & praestito fit nouatio. Sic qui iurauit, ex ea actione, quae inficiando crescit, aliquid sibi deberi, simpli non dupli persequutionem sibi acquirit. Abunde enim sufficit exonerare petitem, probandi necessitate, & in genere in tali casu non principalis causa exercetur, sed iusiurandum actoris conseruatur. *l. 30. pr. ff. de Iurei. l. 11. in f. C. de Reb. Credit.* vbi simul haec redditur ratio, ne repetita lite finis negotii alterius causae fiat exordium. Sic Iureiurando delato & praestito omnibus allegationibus renunciatum censetur, quae ante eius praestationem obici, eandemque impedire & remorari poterant. VINNIVS *ad §. 12. l. d. Actionibus.* Omnes exceptiones contra ipsum debitum cessant, quum noua causa debendi in iureiurando lateat. BOEHMER. *ad §. eund.* Eadem transactionis ratio est. Continet & haec nouationem. Nec amplius quaeritur, an obligatio, antequam transactio inita sit, fuerit, sed an transactum sit. Hinc cessat condictio indebiti, licet res nulla media fuerit. Nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a Lite discedatur, causa esse videtur. *l. 65. §. 1. ff. de Cond. Indebit.* Sic transactionis condiciones sine causa minime ineuntur, non quidem vt debitum soluatur, sed hac Lege, vt a Lite discedatur; est ergo causa, non quidem praeterita, sed futura, eaque non viruperanda, & sequuta, vt verecundae cogitationi quae lites exaceratur satisfiat *l. 23. C. de trans.* Huc etiam colligere

neare videtur. *Ius statutarium l. 4. T. 16. A. 5. §. 1.* Es bleiben auch die Verträge beständig, obgleich einer derselben nicht aus Schuld und Gerechtigkeit, sondern allein um Vermeidung des Streits und Unwillens aufgerichtet.

§. 14.

Sententia, postquam in rem iudicatam transit, pro veritate habetur, nullam admittit probationem in contrarium, etiam si contra ius Litigatoris sit lata. Sic enim Imperator GORDIANVS, *sub specie nouorum instrumentorum postea reperorum res iudicatas (*) restaurari exemplo graue esse pronunciat l. 4. C. de Re Iud.* Idem omnino etiam de Transactione praeceperunt Impp. DIOCLETIANVS & MAXIMIANVS sancientes: *Sub praetextu instrumenti post reperti, transactionem bona fide finitam rescindi, iura non patiuntur. l. 19. de Trans.* Quid mirum ergo, si & transigentibus de laesione ne quidem ultra dimidiam querelas mouere liceat. Prohibet id Natura conuentionis ipsius, & idea, quam de laesione habemus. Prohibet ratio, a rei iudicatae auctoritate petita. Hoc concedo, alterutrum transigentium non tantum obtinere, quantum in iure olim controuerso, nunc ad liquidum ducto fuit.

(*) Autumat LEYSERVS, *Spec. ad D. 470. Med. V.* Rem iudicatam etiam in causis ciuilibus ex instrumento nouiter reperto retractari, quum instrumentum illud nulla falsi suspicione laborat, atque ex eo iniquitas Sententiae sine diuturna Lite, euidenter apparet. Prouocat stabiliendae theses ergo ad *Cap. 5. X. de in integrum Restit.* Sed ponit hocce capitulum casum Restitutionis ecclesiae concessae. Nulla regula sine exceptione. Restituuntur omnino & contra rem iudicatam & contra transactionem, Minores, Ecclesiae, Resp. Vniuersitates & pia corpora, quae iura minorum habent. Prouocat *M. VII. VIII. ad C. 9. X. de Sentent. & R. l.* Sed loquitur capitulum de delegatione facta cum clausula; remota appellatione: quae clausula non excludit grauamen notorie fundatum, si sententia manifesta laborat iniquitate BOEHM. *Ius Eccl. T. I. L. II. T. 28. §. 22.* & sic ad destruendam thesin meam nihil facit.

fuit. Sed huic iuri renunciatum est, ad renunciata non dotur regressus. Deinde cardo controuersiae in eo vertitur, vtrum alio quocunque litium finiendarum modo, plus consequutus fuisset eo tempore, quo litem finire ineluctabilis erat necessitas. Nec documenta forsan nouiter reperta, quatenus ad nostram faciunt quaestionem aliud euincunt, quam alterutrum transigentium minus esse consequutum, quam de iure, si iam tum temporis liquidum fuisset, petere potuisset, nullam vero docent laesionem, ob renuntiationem cuius permissam. Si documenta quid proficere debent, exinde constare necesse esset, transigentem minus dimidia habere, quam ex Lite, si tempore transactionis per sententiam vel laudum finita fuisset, obtinuisset, deductis omnibus expensis, aliisque, quae necessario litem concomitantur. Id vero impossibile esse, nemo non videt. Sed forsan longa supersedere possum demonstratione, denuntians testimonium SCAEVOLAE, qui in *L. 78. §. 16. D. ad SCt. Trebell.* defendit, transactionem non rescindi, quamuis quadruplo amplius fuerit in hereditate.

§. 15.

Quoad laesionem ultra dimidiam tamen diuortium a Iure Ciuili facit *Ius Prut. de A. 1721. L. IV. Tit. XVI. A. V. §. 19.* Jedoch so derjenige, welcher dem Vertrage zu geleben sich verweigert, erhebliche Ursachen solcher Verweigerung anzuzeigen hätte als daß er in solchem Vertrage über die Hälfte billigen Werths der Sache, darum der Streit und Spän gewesen, laediret und verleget worden, und solches darthät und bewiese, so soll darauf was Recht ist, erkannt werden; quae tamen Dispositio ad transactiones iudiciales, & quae super laesione ipsa initae sunt, non est extentenda. *Conf. L. R. L. IV. T. 6. A. 15. §. 9.* sicuti & ob instrumenta nouiter reperta rescissio transactionis reprobata est.

Tit. all. 16. A. 5. §. 4.

TANTVM.